

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

MA. ASUNCIÓN MORENO CASTILLO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Centroamericana

I. El Derecho a la intimidad como bien jurídico protegido. Su compleja evolución conceptual

Al realizar un estudio sobre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos el primer problema que se nos presenta es el de la determinación conceptual del bien jurídico protegido "*vida privada*"¹ debido a sus

¹ Al respecto, cabe señalar que el término "*derecho a la intimidad*" a pesar de que frecuentemente es confundido o utilizado como sinónimo de "*derecho a la vida privada*", algunos autores diferencian entre "*vida privada*" y "*derecho a la intimidad*", definiendo el derecho a la vida privada como un concepto más amplio que el de derecho a la intimidad así, LUCAS MURILLO, CD, N° 43, 1993, 34; GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad*, 1992, 129; DAVARA RODRÍGUEZ, *Derecho Informático*, 1993, 56; el mismo, AJA, N° 76, 1992, 2; FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional*, 1992, 221; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1983, 23; MATÍAS PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad*, 1997, 46-57; BRICOLA, RHDP, 1967, 1083; ROMEO CASABONA, PJ, N° 31, 1993, 164; FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección*, 1998, 102-103; GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO, CuadDJ, XXII, 1996, 223.

Este criterio doctrinal parece ser el seguido por la LO 5/1992, de 29 de octubre sobre "*Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*" en su Exposición de Motivos cuando señala que "*El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto,*

propias características -relatividad y dinamismo- que impiden establecer un concepto definitivo² y concreto³. No obstante, la dificultad, son innumerables los intentos tanto doctrinales⁴ como jurisprudenciales que tratan de brindar una definición precisa de la intimidad.

Dejando al margen los precedentes remotos que vinculan la aparición de la intimidad con el cristianismo⁵, los planteamientos filosófico y antropológico de la misma⁶ y las consideraciones de orden terminológico⁷, pasaremos a exponer en líneas generales la evolución conceptual de la intimidad como concepto jurídico.

está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo".

También existen autores que partiendo de esta distinción teórica prescinden de ella por considerarla jurídicamente inoperante y, al final hablan de un sólo derecho, dentro de esta línea doctrinal se ubican URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 11-12; VIDAL MARTÍNEZ, RGD, 1970, 1046; SEMPERE RODRÍGUEZ en: ALZAGA VILLAAMIL (Director), *Comentarios a la Constitución*, II, 1997, 469-470.

Por nuestra parte conviene adelantar que en este trabajo no entraremos a hacer valoraciones terminológicas ya que razones metodológicas y sistemáticas nos llevan a prescindir de esta discusión y ha asumir el término "*derecho a la vida privada*" utilizado en la propia Constitución Política vigente.

- 2 En este sentido, se ha manifestado la doctrina mayoritaria, véase, entre otros, ROMEO CASABONA, PJ, N° 31, 1993, 164; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 29-38; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1983, 17-26; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118-126; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 357; JORGE BARREIRO, RDPúb, N° 87, 1982, 257; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 187.
- 3 A estos efectos, es significativa hasta la terminología usada para referirse a dicho concepto, que varía en los distintos países, siendo además no sólo una cuestión terminológica sino que encierra una percepción objetiva distinta. Así en Inglaterra y Estados Unidos de América se denomina "Right to be let alone", o "Right of privacy", en Alemania "Recht auf der eigenen Geheimsphäre", en Francia "droit au vie privé", en Italia "diritto alla riservatezza", a lo que en español podríamos traducir como "*derecho a la vida privada*" o "*derecho a la intimidad*".
- 4 Véase, por todos, ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 55-60.
- 5 TRUYOL Y SERRA/ VILLANUEVA, ID, N° 1, 1975, 173.
- 6 Acerca de estos planteamientos, consúltese, IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*, 1970, 7 ss; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 263-301. También ha realizado algunos estudios respecto a las bases antropológicas de la intimidad, GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 1990, 49-93.
- 7 Ya que, como señala NOVOA MONREAL (*Derecho a la vida privada*, 1979, 30 s.), la semántica no contribuye a resolver la problemática porque el derecho a la intimidad ha alcanzado un significado especial que las explicaciones lexicológicas no resuelven. Una exposición etimológica sobre el concepto de intimidad puede verse en: GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 1990, 15-29.

1. *Primera aproximación al concepto de intimidad. Su evolución histórica hasta nuestros días*

La edad de oro de la intimidad se produjo en el siglo XIX, siglo del liberalismo, en el que se establecieron las primeras bases del derecho a la intimidad aunque, como podremos comprobar, su desarrollo y perfección como creación jurídica es relativamente reciente⁸.

En la doctrina científica el concepto de intimidad ha venido evolucionando con el pasar del tiempo, sin que ello nos permita vislumbrar la posibilidad de llegar a un concepto definitivo y unívoco -tal como afirma VITALIS (1981) es una "*définition introuvable*"-, ya que siempre estará en dependencia de las normas culturales y desarrollo de cada sociedad en concreto y también de los condicionamientos impuestos por los avances tecnológicos y sociales⁹. Sin embargo, es necesario tratar de establecer un concepto de intimidad del que vamos a partir, para luego centrarnos en el análisis de las distintas conductas delictivas tipificadas en el art. 197 del Código penal.

8 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 15.

9 Al respecto, la doctrina estudiosa del tema constantemente señala la relatividad y mutabilidad del concepto de intimidad, véase, entre otros, LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 287-288; JORGE BARREIRO, Alberto, LL, 1996/3, 1296; el mismo, en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal 1995*, PE, 1996, 317; JORGE BARREIRO, RDPúb, N° 87, 1982, 257; ROMEO CASABONA, PJ, N° 31, 1993, 164; MADRID CONESA, *El derecho a la intimidad, informática*, 1984, 40-41; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 29-38; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal*, 1983, 17-26; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 357; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad*, 1993, 25 ss; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118-121; URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 12-13; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 187.

En la misma línea, el Younger Committee of Privacy al examinar el concepto de intimidad y los distintos intentos de definirla manifestó que "el concepto de intimidad no podía ser definido de un modo satisfactorio. Las posibles definiciones o son muy amplias, equiparando el derecho a la intimidad con el derecho a que le dejen en paz, o se reducen a una lista de diversos valores a los que se puede aplicar el adjetivo "íntimo" o "personal" de un modo razonable pero no exclusivo". (Cit. en el Informe de la Comisión de Calcutt sobre la intimidad y cuestiones a fines, CGPJ, 1990, 29.).

También la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre "Protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en su artículo 2 recoge esta relatividad al establecer: "*la protección civil de la intimidad quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservada para sí mismo o para su familia*".

1.1 Del "Privacy property right" al "Privacy-personality"

Como es sabido, las primeras formulaciones sobre la intimidad aparecen unidas a la idea patrimonial¹⁰, es decir, de "*privacy-property right*" siendo un bien más del que se podía disponer por la pertenencia de la vida privada a su titular que podía gozar de ella libremente y hacerla pública o mantenerla secreta¹¹. Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad se presentaba como una extensión de la propiedad a la esfera personal, de tal forma que, la intimidad se convertía en un privilegio de las altas esferas sociales¹².

Esta concepción de la intimidad varía a mediados del siglo XIX con la democratización del sistema liberal cuando se separa la propiedad de la intimidad fundamentándola en la propia naturaleza humana y su dignidad¹³ estimando

10 Esta concepción obedece al proceso de privatización de los derechos naturales experimentado en el siglo pasado que pretendía proteger los intereses de los particulares y, en especial, de la propiedad bajo la fórmula moderna de los derechos subjetivos. Al respecto, PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos y Estado de Derecho*, 1991, 318-321.

11 Al respecto, MORALES PRATS (*La tutela penal de la intimidad*, 1984, 18-22) señala que la expresión "privacy-property" denota la ideología del individualismo posesivo correspondiente a la estructura social burguesa del mercantilismo en alza a la sazón. Define la relación de pertenencia entre el titular y su vida privada, mediante la identificación de la persona y su libertad con el propietario y su propiedad. En el mismo sentido, GÓMEZ PAVÓN (*La intimidad como objeto*, 1989, 12) citando a MACPHERSON opina que "la propia persona y sus propias capacidades" hacen posible la "libertad y consiguientemente la humanidad del individuo", que dependen de su libertad para relacionarse, y esta capacidad a su vez depende "de que posea el control exclusivo de su propia persona y sus capacidades". Se extiende, pues, a la "privacy", concebida como propiedad, las características de exclusividad y pertenencia de las relaciones de dominio: sólo al ciudadano pertenece su vida privada, y sólo cuando a él le interese podrá hacerse pública, con un derecho de exclusión sobre su conocimiento.

12 SERRANO ALBERCA en: GARRIDO FALLA (Director), *Comentarios a la Constitución*, 1985, 352; PÉREZ LUÑO, *REPol*, N° 9, 1979, 65; PRADA ÁLVAREZ BUYLLA en: *RCDI*, N° 610, 1992, 1123.

13 Como señala, LUCAS MURILLO (*El derecho a la autodeterminación*, 1990, 57) esta nueva forma de entender la intimidad se expresa inicialmente en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica a partir de la publicación del tan conocido artículo de los juristas WARREN y BRANDEIS ("The right to the privacy", en: *Harvard Law Review*, vol. IV, N° 5, 1890, 193 ss) en el que defienden el derecho a la privacidad ("right to privacy") frente a la invasión practicada por la prensa, los fotógrafos o por los poseedores de cualesquiera otros medios técnicos de grabación o reproducción de imágenes o sonidos. Este derecho a la intimidad tiene su fundamento en la "inviolabilidad de la persona" de la que emanan las facultades de exclusión en el ámbito privado, empezando a considerarse como el primer presupuesto para la libertad, separándose de toda idea de privilegio. Existe una edición en español a cargo de PENDÁS/ BASELGA, bajo el título "*Derecho a la intimidad*", 1995.

que su esencia se encuentra en la propia "personalidad" del individuo¹⁴. Así pues, se extienden las condiciones e intereses de ésta a toda la sociedad lo que en el campo jurídico lleva al establecimiento de normas con inclinación universal que inicialmente tienen un fundamento iusnaturalista. Este proceso de generalización del derecho a la intimidad le aleja de la idea de privilegio de clase para constituirse en un derecho fundamental¹⁵.

No obstante, la fundamentación de la intimidad en la dignidad humana ha sido criticada por algún autor¹⁶ que considera que el fundamentar la intimidad en "la dignidad humana" o "paz interior" configurados de forma ambigua conduce inevitablemente al fracaso. Y a continuación señala que: "*La dignidad humana se puede superponer a la idea de privacy en la medida que constituye el valor que expresa el fundamento común de todos los derechos fundamentales de la persona, no sólo de los de carácter individual [...] no también sino también de los que adoptan una significación colectiva*". De acuerdo con este razonamiento, la intimidad se configura como un derecho de expresión privada ya que es la esfera de la que derivan todas las manifestaciones del pensamiento susceptibles de ser conocidas por terceros, no obstante, como manifiesta el autor antes citado este papel de la privacy no agota su significado jurídico.

1.2 Del aspecto negativo al aspecto positivo

En la evolución del concepto de intimidad, se han distinguido dos fases¹⁷: la fase preinformática en la que prevalece el aspecto negativo o de poder de exclusión de injerencia de terceras personas y la fase informática en la que destaca la proyección de la esfera íntima sobre otras libertades básicas, es decir, el aspecto positivo.

Siguiendo el planteamiento de MORALES PRATS, el derecho a la intimidad en la fase preinformática se caracteriza por el contenido esencialmente negativo en casi todas las definiciones de intimidad, en las que prima una idea fundamental, la concepción de la intimidad como el derecho al aislamiento, a la soledad, a la posibilidad de separar tajantemente la esfera pública de la privada. En este senti-

14 PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1991, 323-324; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 15; PRADA ÁLVAREZ BUYLLA en: RCDI, N° 610, 1992, 1123; LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 289-290.

15 Al respecto, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 18-24; PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1991, 324.

16 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 119-120.

17 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 122-126.

do, es ejemplificante la definición tantas veces citada del juez norteamericano THOMAS COOLEY como “*the right to be let alone*” (The Elements of Torts, 1873), expresión inglesa que ha sido traducida como “el derecho a ser dejado en paz” o “el derecho a ser dejado solo y tranquilo”¹⁸.

Ante la insuficiencia de la concepción de la intimidad como derecho de exclusión, aislamiento, soledad y a la posibilidad de separar la esfera pública y la esfera privada. Sobresale la concepción más moderna de la intimidad¹⁹, como la esfera necesaria para el desarrollo y fomento de la personalidad que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en la sociedad²⁰. De forma que, a los ideales de libertad, independencia y autonomía propios de la concepción decimonónica se suman los de igualdad y solidaridad propios de nuestro siglo y, a la dimensión individual, la dimensión social en la que se desarrolla la vida del hombre moderno²¹.

Al respecto, se ha señalado²² que el concepto de intimidad tal como fue formulado a finales del siglo pasado ha sufrido una evolución para responder a los nuevos retos que la realidad social plantea produciéndose el paso de un concepto estático a uno dinámico, del secreto al control²³. Sobre esta base, se

18 La idea de soledad, aislamiento y exclusión la encontramos en muchas definiciones de autores españoles, así, QUERALT JIMÉNEZ (DP PE, 1996, 183) la define como “aquella parcela de la personalidad que su titular puede mantener legítimamente al margen del conocimiento público, el denominado *ius solitudinis*”; PAREDES CASTAÑÓN (EJBCiv, II, 1995, 2016) lo define como “ámbito de exclusión de terceros, en el que esa libre personalidad del individuo puede ser elaborada sin intromisiones ajenas”. En el mismo sentido, BALAGUER CALLEJÓN, *El derecho fundamental al honor*, 1992, 41; LOSANO en: CD, N° 21, 1989, 23; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1978, 1983, 14 y 25; BATLLE SALES, *El derecho a la intimidad privada*, 1972, 17, 191.

19 ORTI VALLEJO, *El derecho a la intimidad*, 1994, 59-60.

20 En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ, ADPCP, 1980, 599; el mismo, en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 101; JORGE BARREIRO, RDPub, No. 87, 1982, 256; PÉREZ LUÑO, REPol, N° 9, 1979, 64; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad*, 1987, 58; BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ MAROTO, *Manual PE*, 1991, 154; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 33-37; JORGE BARREIRO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Compendio PE*, 1998, 565.

21 LOSANO en: CD, N° 21, 1989, 31-102.

22 Así, NOGUEROLLES PEIRÓ, REDA, N° 52, 1986, 559 s.

23 LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 290; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216; ORTI VALLEJO, *El derecho a la intimidad*, 1994, 60.

ha definido la intimidad, no sólo como la ausencia de información sobre cada uno en la mente de los demás sino más bien como la capacidad de control de la persona sobre su esfera íntima²⁴.

Desde esta perspectiva, la intimidad como poder de control sobre la esfera íntima se puede ver en una vertiente positiva en aquellos casos en que, habiéndose obtenido la información íntima y reservada legítimamente ésta es manipulada o utilizada para fines distintos al que hizo lícita su comunicación.

Así pues, desde que se reconoce la dimensión social del hombre, la concepción de lo íntimo experimenta un cambio sustancial²⁵, y una fuerte limitación de su contenido en la intimidad ya no puede ser concebida como el derecho absoluto de vetar las intromisiones en la esfera personal ni tampoco el derecho a ser dejado solo entendido como la facultad de apartar a los demás de las cosas que se quiere guardar para uno mismo; ya que la vida del hombre moderno no se desarrolla siempre en la intimidad y soledad sino en sociedad esta realidad ha dotado a la esfera íntima de cierta permeabilidad a determinadas intromisiones²⁶.

De este modo, el concepto de intimidad se ha definido de varias formas, desde ese derecho a "*ser dejados solos*", hasta el más actual enfoque que insiste en definir el derecho a la intimidad como control de informaciones. De tal forma que, el derecho a la intimidad adquiere una nueva significación jurídica como

24 El autor que más influencia a tenido en el desarrollo doctrinal de la privacy, después de Warren y Brandeis ha sido Alan Westin (cit. por RODRÍGUEZ MARÍN, ADPCP, 1990, 204) que relacionó todos aquellos aspectos de la intimidad que habían sido puestos de manifiesto no sólo en la jurisprudencia sino también por autores que habían realizado estudios sobre este derecho. Westin encontró tres ámbitos de la intimidad merecedores de la protección jurídica: la de los individuos, de los grupo e instituciones públicas. Partiendo de esta clasificación señala que "la demanda de intimidad consiste en que los individuos, grupos e instituciones determinen por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida, cierta información es comunicada a otros", es decir que, el elementos principal de este derecho es el poder de controlar la apropiación y divulgación de lo íntimo.

A partir de este planteamiento doctrinal el elementos de control pasa a ser decisivo en el concepto de intimidad, tal como lo manifiestan MIGUEL CASTAÑO, RGLJ, 1983, 335-336; BRICOLA, RI+DP, 1967, 1090; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 72-73; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 352; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216.

25 Un resumen sobre las distintas etapas en la evolución conceptual del derecho a la intimidad, GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 57-59.

26 Respecto a esta noción actual de la intimidad, FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 286-287.

derecho activo de participación y control sobre el flujo de informaciones que afectan al individuo y, respecto a las cuales se encuentra legitimado para incidir en la forma y contenido de su divulgación como consecuencia de la revolución informática que ha permitido hablar de una fase informática de la intimidad²⁷.

El derecho a controlar los datos implica un conjunto de garantías que permiten a las personas físicas el control del conocimiento de sus datos personales y del uso que pudiera hacerse de los mismos por parte de terceros²⁸, estas garantías permiten al titular de este derecho a negarse a dar datos, a conocerla existencia de ficheros con datos sobre su persona, al acceso a estos ficheros, exigir la rectificación o cancelación de los datos en determinadas circunstancias²⁹.

Sin embargo, el reconocimiento de un aspecto positivo del derecho a la intimidad no es pacífico en la doctrina científica española³⁰. Por una parte, están algunos autores que entienden que la autodeterminación informativa³¹ es un derecho fundamental autónomo³² y, por otra, quienes entienden de forma co-

27 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 124.

28 En este sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación*, 1990, 115-124. Al respecto, véase, los Recursos de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal en: TRILLO ÁLVAREZ en: *Informática judicial y protección de datos personales*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1994, 95-114.

29 El Título III de la LORTAD establece una serie de derechos mediante los cuales los titulares de los datos puede controlar la información personal que se encuentren en ficheros o archivos públicos o privados, así, el art. 12 reconoce el derecho a la impugnación; el art. 13 el derecho a la información; el art. 14 el derecho de acceso y, el art. 15-17 los derechos de rectificación y cancelación del interesado en el caso de que los datos sean inexactos o cuando hayan dejado de ser necesarios.

30 Una exposición completa sobre el panorama doctrinal actual, en relación a la autonomía de este derecho la encontramos en ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad*, 1994, 38-69.

31 En esta línea conviene destacar la importancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el censo, de 15 de diciembre de 1983 (trad. al español por DARANAS, BJC, N° 33, 1984, 126-170) debido a la notable influencia de la doctrina jurisprudencial alemana en algunos autores españoles que defienden la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa en relación con el derecho a la intimidad, entre ellos, PÉREZ LUÑO, CD, N° 21, 1989, 140-161; el mismo, en: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 314-316; BAÓN RAMÍREZ, CuadDJ, XI, 1996, 85-87.

32 La configuración de facultad de controlar los datos personales como un derecho fundamental autónomo con un ámbito de protección diferenciado del resto de derechos fundamentales, es defendida en la doctrina española principalmente por PÉREZ LUÑO, CD, N° 21, 1989, 155-162; LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación*, 1990, 115-124 y 156 y, siguiendo a estos autores, ÁLVAREZ-CIENFUEGO SUÁREZ en: DAVARA RODRÍGUEZ (Coordinador), *Encuentros sobre Informática y Derecho*, (1990-1991), 1991, 184 ss; el mismo, AA, N° 37, 1991, 457-465.

recta -a nuestro juicio- que efectivamente la facultad de controlar los datos personales integra el contenido positivo del derecho a la intimidad, es decir, que no se trata de un derecho autónomo, sino del mismo derecho a la intimidad auxiliado de nuevas técnicas y aplicación a un nuevo objeto: la informática³³.

A partir de este planteamiento, el derecho a la intimidad, tendría un doble contenido: uno negativo, de exclusión, que impediría determinadas intromisiones ajenas y, otro positivo, el control por parte del titular de los datos personales que le permita conocer y controlar la información que sobre él se encuentran en soportes o archivos informáticos y convencionales³⁴.

Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad se presenta como el derecho de una persona no sólo a reservar un ámbito de su vida como secreto e intangible para los demás sino también a ostentar la capacidad y medios para evitar su manipulación por otros³⁵. Esta es la posición que nos parece más correcta, ya que facilita la extensión de la protección de la intimidad a los datos que se encuentran en archivos o registros no automatizados así como a cualquier otro tipo de tecnología, presente (p.ej. cintas magnetofónicas, cámaras de vídeo, etc.) y futura que permita la recogida y tratamiento de información de las personas.

2. Doctrina jurisprudencial sobre el bien jurídico intimidad

Tras examinar la evolución conceptual del derecho a la intimidad en la doctrina científica, resulta interesante observar que la problemática de la conceptualización de este derecho surgió como una exigencia de la vida cotidiana, pues la protección de la esfera íntima de las personas es consecuencia de las agresiones sufridas mucho antes de cualquier previsión legal, al punto que en algunos países -España no es la excepción- ha sido la causa de la aprobación de leyes que garantizan la protección de este derecho³⁶.

Así pues, ante la ausencia del concepto de intimidad desde el punto de vista jurídico-formal³⁷ correspondió (y corresponde) a los tribunales interpretar qué

33 En este sentido, RUIZ MIGUEL, RGD, N° 607, 1995, 3214; GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos*, 1995, 30.

34 CARMONA SALGADO en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, XVII, 1996, 271; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 58-59.

35 PAREJO ALFONSO en: V.V.A.A. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 300.

36 En países como Francia, Alemania y los Estados Unidos han sido los tribunales los que han ido desarrollando el derecho a la intimidad, con base casuística, sin que existiera legislación al efecto.

37 HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudios y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 117-118.

es este derecho y qué contiene. En la jurisprudencia española son muchas las sentencias que se aproximan a una definición de la intimidad. En nuestro estudio expondremos algunas las definiciones dadas tanto por el Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo con el objeto de poder apreciar su desarrollo conceptual en el ámbito jurisprudencial español.

De entrada cabe afirmar, que la jurisprudencia toma como punto de partida normativo la estricta vinculación del derecho a la intimidad con la propia personalidad del individuo, derivado -sin duda- de la dignidad humana, reconocido en el art. 10.1 CE³⁸.

En esta línea, es significativa, la STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3) al expresar que:

*"[...] Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivado sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el art. 10 de la CE [...]"*³⁹.

En el mismo sentido, y de forma rotunda, la STS de 18 de junio de 1992⁴⁰ (FD 4) dice:

"[...] La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable ni concebible siquiera la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la Norma Fundamental (art. 10.1) [...]"

En cuando al concepto de intimidad encontramos que una de las primeras resoluciones jurisprudenciales que lo define es la STS de 8 de marzo de 1974⁴¹ (Considerando 3), que dice:

"[...] ya es sabido que el derecho a la intimidad personal, es decir, el derecho a mantener, intacta, desconocida, incontaminable e inviolable la zona íntima, fa-

38 Véase, ATC 30/1998, de 28 de enero (FJ 2); SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 3); 143/1994, de 9 de mayo (FJ 6); 99/1994, de 11 de abril (FJ 5); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 21/1992, de 14 de febrero (FJ 3); 214/1991, de 11 de noviembre (FJ 1); 197/1991, de 17 de octubre (FJ 3); 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7); 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3), entre otras.

39 En el mismo sentido, consúltense, las SSTC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 6); 99/1994, de 11 de abril (FJ 5); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 21/1992, de 14 de febrero (FJ 3); 214/1991, de 11 de noviembre (FJ 1); 197/1991, de 17 de octubre (FJ 3); 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7), entre otras.

40 (A 6102)

41 (A 1231)

miliar o recoleta del hombre es, según la terminología que se prefiera, un derecho de la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano, reconocido universalmente [...]".

También el Tribunal Constitucional en la STC 73/1982, de 2 de diciembre (FJ 5), define a la intimidad en los siguientes términos:

"La intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren, y que no guarda relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades [...]".

En términos similares, lo define el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de junio de 1992⁴² (FD 2) cuando dice:

"[...] La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos [...]".

Más adelante encontramos que la define como *"la facultad de exclusión de los demás, abstención de injerencias por parte de otro, tanto a lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos"*⁴³.

Sin embargo, el concepto de intimidad más generalizado en la jurisprudencia constitucional es el que considera: *"que la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, -necesario según la pauta de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana"*⁴⁴.

La relatividad y dinamismo que caracteriza al concepto de intimidad también es reconocida por la jurisprudencia en la STC 171/1990, de 12 de noviembre (FJ 4) que señala lo siguiente:

"[...] Intimidad y honor son realidades intangible cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico [...]".

42 (A 6102)

43 SSTC 142/1993, de 22 de abril (FJ 7); 110/1984, de 26 de noviembre; 170/1987, de 30 de octubre (FJ 4).

44 En este sentido, ATC 30/1998, de 28 de enero (FJ 2); SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 3); 143/1994, de 9 de mayo (FJ 6); 99/1994, de 11 de abril (FJ 5); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 142/1993, de 22 de abril (FJ 7); 21/1992, de 14 de febrero (FJ 3); 197/1991, de 17 de octubre (FJ 3); 214/1991, de 11 de noviembre (FJ 1); 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3); 209/1988, de 10 de noviembre (FJ 3).

En el mismo sentido, la sentencia 171/1990, de 12 de noviembre (FJ 4) declara que el derecho a la intimidad presenta unos rasgos imprecisos, definiéndolo como una "realidad intangible -un concepto multiforme y variable- cuya extensión ha de determinarse atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad y en cada momento histórico.

En estas definiciones parece prevalecer los criterios objetivos y de contenido negativo⁴⁵ del derecho a la intimidad, dándose entrada a una concepción subjetiva en alguna resolución cuando hace referencia a la autorización del interesado⁴⁶, quien determinará cuándo y dentro de qué límites puede comunicarse a otros información sobre él o su familia instituyéndose ya el aspecto positivo del derecho a la intimidad, es decir, el derecho a controlar la información relativa a su esfera íntima.

Ahora bien, en lo que respecta a la intimidad como control de la información personal, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado -aunque de forma confusa- en la sentencia 254/1993, de 20 de julio (FJ 6 y 7) al declarar que:

"[...] De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales.

En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática".

Más adelante dice que: "[...] la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)"⁴⁷.

45 MIGUEL CASTAÑO, RGLJ, Nº 4, 1983, 319-320; PARDO FALCÓN, REDC, Nº 34, 1992, 159.

46 Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, declara en su fundamento 3: "[...] el respecto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado".

47 Esta doctrina constitucional sobre la superación de la concepción negativa del derecho a la intimidad incluyéndole a la vez un contenido positivo se reafirma en la STC 142/1994, de 9 de mayo.

La doctrina al comentar esta resolución no se pone de acuerdo. Un sector doctrinal entiende que la citada sentencia admite que del art. 18.4 CE se deduce un derecho fundamental autónomo⁴⁸ denominado "libertad informática", "autodeterminación informativa" o "derecho a controlar los datos personales"⁴⁹; mientras que otros entienden que se trata del reconocimiento jurisprudencial del aspecto positivo del derecho a la intimidad⁵⁰.

A nuestro entender, no resulta fácil vislumbrar la posición jurisprudencial, ya que esta resolución no sólo es confusa sino que presenta una serie de contradicciones terminológicas ya señaladas por algunos autores⁵¹. Sin embargo, recientemente, el Tribunal Constitucional parece sostener una posición mixta - aunque no menos confusa- al interpretar el art. 18.4 CE en la sentencia 11/1998, de 13 de enero, que dice:

*"[...] Este -refiriéndose al art. 18.4 CE- no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica reguladora del Tratamiento Automático de Datos de Carácter Personal- pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos" (F) 5)*⁵².

48 Así lo interpretan, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, 1993, 36; GONZÁLEZ MURÚA, RVAP, N° 37, 1993, 231-270.

49 Respecto a la terminología empleada sobre este tema, PÉREZ LUÑO (*Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, 1989, 141) utiliza indistintamente los términos "libertad informática" y "derecho a la autodeterminación informativa". En otros sentido, VELÁZQUEZ BAUTISTA (*Protección jurídica de datos personales*, 1993, 68) entiende que la libertad informática es una evolución del derecho a la autodeterminación informativa. En cambio, GRIMALT SERVERA (*"El derecho a controlar los datos personales"*, X años de encuentros sobre Informática y Derecho, 1997, 153) lo denomina "derecho a controlar los datos personales" siguiendo la terminología empleada por el Tribunal Constitucional.

50 VILLAYERDE MENÉNDEZ, REDC, 1994, 189 ss; GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO, CuadDJ, XXII, 1996, 227.

51 Para una mayor profundización respecto a esta sentencia, consúltese los Comentarios de ARROYO YÁNEZ, RAP, N° 16, 1993, 119 ss; VILLAYERDE MENÉNDEZ, REDC, N° 41, 1994, 187-224.

52 En el mismo sentido, SSTC 33/1998, de 11 de febrero (FJ 4 y 5); 35/1998, de 11 de febrero (FJ 4 y 5).

En definitiva, este conjunto de resoluciones jurisprudenciales no nos ofrecen un concepto de intimidad unívoco y preciso -inexistente también en la doctrina⁵³- pero si observamos la evolución conceptual -similar a la que se da en la doctrina- experimentada desde una postura inicial caracterizada por el aspecto negativo a un enfoque positivo del derecho a la intimidad, aunque de forma no muy clara tal como se puede advertir en las últimas sentencias citadas.

3. Planteamiento personal

Una vez analizadas las definiciones más relevantes que se han ido ofreciendo en el panorama de la doctrina jurídica, podemos afirmar, que ninguna de las definiciones ofrecidas se encuentra exenta de objeciones. No obstante, nos parece que cada una de las definiciones expuestas tienen el acierto de abordar un aspecto diferente y relevante del concepto de "intimidad". Así, cuando se considera como último reducto de la personalidad, se destaca una de sus características -la facultad de exclusión- que como veremos, contribuye a la tipificación de algunas conductas atentatorias o a establecer la existencia de conductas que la amenazan. Y cuando, por otro lado, se identifica con la facultad de control sobre la información personal, se alude a una de las manifestaciones sobre la que se extiende la protección penal de la intimidad frente a los avances tecnológicos.

Por lo tanto, nosotros configuramos la intimidad *como el derecho de toda persona a mantener un ámbito individual alejada de intromisiones ilegítimas y como resultado de ello, ejercer un control constante y efectivo sobre la información relativa al mismo que permita el libre desenvolvimiento de su personalidad*. Concepto que nos parece válido dentro del enfoque de este trabajo, ya que es capaz de proporcionar una protección satisfactoria frente a conductas que dan lugar a puestas en peligro de la esfera íntima de las personas.

II. Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad

Ya se ha dicho, que en la doctrina no existe una opinión unánime a la hora de ofrecer un concepto de intimidad, ello se debe a las diversas y divergentes definiciones⁵⁴ que en torno a este concepto se han emitido, pero más concretamente atiende a su mutabilidad y relativismo dependiente a su vez del mo-

53 HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 122.

54 Una exposición sobre los distintos conceptos que se manejan en la doctrina, véase, por todos, ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 55-60; URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 13 ss; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 186-196.

mento histórico y ámbito sociocultural existente⁵⁵. Sin embargo, sí existe acuerdo total en la doctrina al considerar que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental que pertenece a los llamados "derechos de la personalidad"⁵⁶ cuyas características reconocidas por la doctrina⁵⁷ son: a) es un derecho innato y originario, personalísimo⁵⁸, oponible erga omnes, extrapatrimonial, irrenunciable, inalienable, imprescriptible⁵⁹, pero en ningún caso absoluto⁶⁰.

III. Derecho a la intimidad: delimitación y contenido

1. Construcciones doctrinales en torno a la delimitación del bien jurídico intimidad

Efectuar una delimitación del alcance del derecho a la intimidad, resulta indispensable, para poder determinar los límites de su protección y su contenido. Aunque como se ha dicho en más de una ocasión, la delimitación de la intimidad como bien jurídico es más que difícil⁶¹ debido a la misma relatividad y dinamismo de su concepto que exige para su concreción una prudente valoración y examen de los elementos que concurren en cada momento y en cada

55 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 338.

56 BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 99; HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 127.

57 CARMONA SALGADO en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, XVII, 1996, 270; ZUBIRI DE SALINAS en: *Libertad de expresión y Derecho Penal*, 1985, 238-240; PAREJO ALFONSO, CuadDJ, N° XXII, 1996, 42-48.

58 STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3).

59 Dentro de la doctrina civilista puede verse, entre otros, LETE DEL RIO, *Derecho de la persona*, 1986, 176; BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 1997, 47-50; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 248. Congruente con lo establecido por la doctrina la Exposición de Motivos de LO 1/1982, de 5 de mayo sobre "Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" señala que "Los derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad [...]". Y en su contenido reconoce la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescindibilidad del derecho a la intimidad (art. 1.3).

60 Al respecto, véase, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4); 143/1994, 9 de mayo (FJ 6); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7-8).

61 MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, PE, 1984, 388; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 62; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118-119; HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 121.

En definitiva, este conjunto de resoluciones jurisprudenciales no nos ofrecen un concepto de intimidad unívoco y preciso -inexistente también en la doctrina⁵³- pero si observamos la evolución conceptual -similar a la que se da en la doctrina- experimentada desde una postura inicial caracterizada por el aspecto negativo a un enfoque positivo del derecho a la intimidad, aunque de forma no muy clara tal como se puede advertir en las últimas sentencias citadas.

3. *Planteamiento personal*

Una vez analizadas las definiciones más relevantes que se han ido ofreciendo en el panorama de la doctrina jurídica, podemos afirmar, que ninguna de las definiciones ofrecidas se encuentra exenta de objeciones. No obstante, nos parece que cada una de las definiciones expuestas tienen el acierto de abordar un aspecto diferente y relevante del concepto de "intimidad". Así, cuando se considera como último reducto de la personalidad, se destaca una de sus características -la facultad de exclusión- que como veremos, contribuye a la tipificación de algunas conductas atentatorias o a establecer la existencia de conductas que la amenazan. Y cuando, por otro lado, se identifica con la facultad de control sobre la información personal, se alude a una de las manifestaciones sobre la que se extiende la protección penal de la intimidad frente a los avances tecnológicos.

Por lo tanto, nosotros configuramos la intimidad *como el derecho de toda persona a mantener un ámbito individual alejada de intromisiones ilegítimas y como resultado de ello, ejercer un control constante y efectivo sobre la información relativa al mismo que permita el libre desenvolvimiento de su personalidad*. Concepto que nos parece válido dentro del enfoque de este trabajo, ya que es capaz de proporcionar una protección satisfactoria frente a conductas que dan lugar a puestas en peligro de la esfera íntima de las personas.

II. Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad

Ya se ha dicho, que en la doctrina no existe una opinión unánime a la hora de ofrecer un concepto de intimidad, ello se debe a las diversas y divergentes definiciones⁵⁴ que en torno a este concepto se han emitido, pero más concretamente atiende a su mutabilidad y relativismo dependiente a su vez del mo-

53 HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 122.

54 Una exposición sobre los distintos conceptos que se manejan en la doctrina, véase, por todos, ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 55-60; URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 13 ss; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 186-196.

mento histórico y ámbito sociocultural existente⁵⁵. Sin embargo, sí existe acuerdo total en la doctrina al considerar que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental que pertenece a los llamados "derechos de la personalidad"⁵⁶ cuyas características reconocidas por la doctrina⁵⁷ son: a) es un derecho innato y originario, personalísimo⁵⁸, oponible erga omnes, extrapatrimonial, irrenunciable, inalienable, imprescriptible⁵⁹, pero en ningún caso absoluto⁶⁰.

III. Derecho a la intimidad: delimitación y contenido

1. Construcciones doctrinales en torno a la delimitación del bien jurídico intimidad

Efectuar una delimitación del alcance del derecho a la intimidad, resulta indispensable, para poder determinar los límites de su protección y su contenido. Aunque como se ha dicho en más de una ocasión, la delimitación de la intimidad como bien jurídico es más que difícil⁶¹ debido a la misma relatividad y dinamismo de su concepto que exige para su concreción una prudente valoración y examen de los elementos que concurren en cada momento y en cada

55 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 338.

56 BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 99; HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 127.

57 CARMONA SALGADO en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, XVII, 1996, 270; ZUBIRI DE SALINAS en: *Libertad de expresión y Derecho Penal*, 1985, 238-240; PAREJO ALFONSO, CuadDJ, N° XXII, 1996, 42-48.

58 STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3).

59 Dentro de la doctrina civilista puede verse, entre otros, LETE DEL RIO, *Derecho de la persona*, 1986, 176; BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 1997, 47-50; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 248. Congruente con lo establecido por la doctrina la Exposición de Motivos de LO 1/1982, de 5 de mayo sobre "Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" señala que "Los derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad [...]". Y en su contenido reconoce la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescindibilidad del derecho a la intimidad (art. 1.3).

60 Al respecto, véase, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4); 143/1994, 9 de mayo (FJ 6); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7-8).

61 MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, PE, 1984, 388; GONZÁLEZ GUITIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 62; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118-119; HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 121.

individuo, pero además esta dificultad se incrementa cuando se está en supuestos de conflictos entre derechos⁶².

Respecto a este tema, la doctrina jurídica ha realizado distintas teorías que intentan dar una solución a esta problemática. Nos referiremos a las más conocidas y características, que por las consecuencias que pueden obtenerse de ellas, tienen un especial interés para nuestro estudio.

1.1 Teoría de las esferas (*Sphärentheorie*)

Unas de las teorías que mayor influencia⁶³ ha tenido a la hora de delimitar el contenido específico del derecho a la intimidad ha sido la llamada “teoría de las esferas”, formulada por el alemán HUBMANN⁶⁴ con una base dicotómica. Según esta teoría, las manifestaciones de la personalidad pueden ordenarse en una escala progresiva que va desde lo íntimo y personal, hasta lo público y general. Esta escala se representa en esferas u ondas distintas y concéntricas - aunque se ha hablado más bien de una espiral⁶⁵ -; la esfera individual

62 Al respecto, GARCÍA-PABLOS (EP, 1984, 387) al señalar que “la delimitación de la esfera de la intimidad es una primera dificultad que se presenta, pues al operar como restricción a las libertades de expresión e información debe de ser lo más precisa posible, resultando complejo trazar a priori la frontera que divide el ámbito secreto del privado e íntimo, quizás por no existir contornos fijos, sino valoraciones socio-naturales cambiantes, históricas y relativas; lo que a la vez se agrava por tratarse de un campo pluridimensional y complejo”. En el mismo sentido, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118; GARCÍA SAN MIGUEL en: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, 1992, 21-26.

63 Así pues, la referencia a esta doctrina alemana es habitual en los estudios sobre la intimidad, véase, entre otros, RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional*, 1995, 19-20; SALVADOR CODERCH (Director), *El mercado de las ideas*, 1990, 345 s; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), *Com.L.P.*, VII, 1986, 63-67; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 39-42; NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada*, 1979, 47-48; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 128-133; PÉREZ LUÑO, *Derecho Humanos, Estado de Derecho*, 1984, 327 ss; HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 122-123; el mismo, *Honor, Intimidad*, 1994, 84; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 197-198; JORGE BARREIRO en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Director), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 319-320; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1983, 20-23.

64 Citado por GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 39.

65 MORALES PRATS (*La tutela penal de la intimidad*, 1984, 129) dice que “estas esferas se comunican y pueden pasar a formar parte unas de otras de modo que constituyen una espiral, en la que por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona del secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza o bien de esta a la esfera privada”.

(*Individualsphäre*) y la esfera privada (*Privatsphäre*). Dentro de la primera están enumerados el nombre, la reputación, cuyo objeto es la defensa de la individualidad y estima social. La esfera privada es aquella zona de la personalidad que aspira a conservar la tranquilidad de espíritu, esa paz interior.

Posteriormente, esta teoría ha sido desarrollada por HENKEL⁶⁶ que diferencia tres grados o esferas concéntricas: la esfera privada (*Privatsphäre*), en sentido estricto, que abarcaría aquellos datos, comportamientos, noticias que su titular no quiere que lleguen al conocimiento público, la esfera confidencial (*Vertrauenssphäre*), que está integrada por aquellas noticias, comportamientos de las que su titular hace partícipes a unos pocos, y la esfera del secreto (*Geheimnisphäre*), en la que se incluye la reserva total a todos los individuos ajenos a la titularidad del dato. Estas tres esferas son de radio progresivamente menor y gozan de una protección progresivamente mayor⁶⁷.

Sobre la base de la teoría alemana de las esferas encontramos una clasificación simplificada en dos derechos insertos en la vida privada: el derecho a la reserva y el derecho al respeto de la vida privada⁶⁸. El primero, tiene como objeto la protección de la difusión y revelación de datos pertenecientes a la vida privada, cuyo conocimiento se ha adquirido de forma legítima; mientras que el segundo, protege la esfera privada contra las intromisiones ilegítimas⁶⁹. En este último caso, se trata de impedir el conocimiento o acceso a los datos, hechos o imágenes que pertenecen a esta esfera más que la revelación, que de concurrir vendría en aplicación el art. 197.3 CP.

66 Citado por GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 39.

67 GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1983, 21; BRICOLA, *RI&DP*, 1967, 1085; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 128; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), *ComLP*, VII, 1986, 65.

68 Al respecto, BRICOLA, *RI&DP*, 1967, 1088-1089.

69 En España, esta teoría es seguida por GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el derecho penal*, 1983, 25.

También ha tenido alguna manifestación en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, véase, la sentencia del TS de 8 de marzo de 1974 (A 1231) que habla de la intimidad personal "[...] como el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada [...]"; en la misma línea la sentencia del TC 73/1982 de 2 de diciembre (FJ 5) la califica como "[...] el ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren [...]".

La teoría de las esferas, ha sido objeto de fuertes críticas⁷⁰ fundamentadas, generalmente, en la configuración de la intimidad en base en una delimitación de contornos imprecisos e inciertos y la existencia de esferas totalmente cerradas⁷¹ a la intromisiones externas, fijando un punto donde “el grado de socialización es nulo”⁷², que desconoce que la vida del hombre se desarrolla en sociedad, además de no indicar, cuáles son los parámetros que se deben tomarse en cuenta a la hora de delimitar cada una de estas esferas y determinar qué actos, hechos deberían ser incluidos en una y en otra.

Por otra parte, también se ha señalado la superación de sus argumentos, como consecuencia de la llamada “*revolución informática*”, que ha aumentado las posibilidades de obtención de información⁷³, y no sólo por parte del Estado. En esta línea, GONZÁLEZ GUTIÁN⁷⁴ propone una delimitación de la intimidad como capacidad de control sobre actitudes y actividades personales necesarias para desarrollar su personalidad.

Ante la señalada insuficiencia de esta doctrina, se han propuesto nuevas fórmulas como: la teoría del mosaico o la teoría sociológica de los roles, que pretenden brindar una mayor precisión en la delimitación de este derecho. Sin embargo, cabe señalar, que la teoría de las esferas sigue siendo la doctrina mayoritaria, y la más adecuada en cuanto a criterio rector de sistematización e interpretación de los tipos penales⁷⁵.

1.2 Teoría del mosaico

La teoría del mosaico⁷⁶ parte del hecho objetivo de que la personalidad de cada hombre se compone de un entramado de datos que éste comunica en sus relaciones

70 Entre las muchas críticas que se han realizado a esta teoría, podemos destacar la del francés J. Velu que propone una división sobre fundamentos y denominaciones diferentes, en la que la esfera íntima, que según este autor comprendería todo aquello que es lo más profundo del hombre y que no se puede extraer sin su consentimiento. La Intimsphäre -como se denomina en alemán- trascendería a otras esfera haciéndose presente en cada una de ellas sin identificarse propiamente con ninguna. cit. por LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 198. En la doctrina española MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 130; MADRID CONESA (*El derecho a la intimidad, informáticas*, 1984, 40) considera que la teoría de las esferas significa una quiebra de la seguridad jurídica.

71 PRADA ÁLVAREZ BUYLLA en: RCDI, N° 610, 1992, 1133.

72 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 131 ss.

73 GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 41-42.

74 GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 72-73.

75 En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 42.

76 MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática*, 1984, 44 ss.

sociales, y que constituyen continuas aperturas de su intimidad en contextos distintos, en situaciones diversas, y que permanecen dispersos en toda la sociedad.

Esta comunicación de datos y la dispersión de los mismos son esenciales para la vida del hombre, pues la comunicación constituye el entramado social de su vida y la dispersión es la que hace compatible aquella con la intimidad personal de cada uno. Mientras los datos permanezcan dispersos en distintos archivos manejados por distintas personas o instituciones, que sólo conocen personas determinadas, la intimidad, sigue subsistiendo, pues nadie conoce la totalidad de los datos. El peligro existe cuando todos los datos se reúnen o confluyen en un registro o archivo común, pues entonces toda la vida personal aparece en conjunto, y no existe ninguna individualidad que no sea conocida⁷⁷.

Este punto de vista entiende que la intimidad no se pierde por la comunicación de alguno(s) datos personales, ya que la intimidad es un complejo que constituye la personalidad íntegra del individuo, y que se conserva aunque se cedan algunos datos, hechos o informaciones siempre que estén dispersos, ya que si se reúnen en un sólo archivo o banco de datos se conocería la intimidad de la persona⁷⁸.

Según esta teoría no existe una diferencia sustancial entre esfera pública y esfera privada, sino que ambas son accesibles al conocimiento social y la ilegitimidad de la intromisión se dará a través de la manipulación y reunión de esos datos, hechos e informaciones que hacen transparente la personalidad del individuo. A partir de estos argumentos se llega a considerar que la teoría tradicional de las esferas no tiene sentido, puesto que los datos en sí no tienen ningún significado al margen de su combinación.

1.3 Teoría sociológica de los roles

Otro de los intentos teóricos para delimitar la intimidad es la teoría defendida por MULLER⁷⁹, que toma como punto de partida el principio de que todo individuo por el mero hecho de vivir en una sociedad organizada protagoniza distintos roles, representa diferentes papeles en el teatro social e interpreta distintos personajes. Así, pues, el hombre en determinados momentos y circunstancias asume el papel de amigo, el de padre, el de propietaria, el de viajero, etc. y

77 Sobre el peligro que representan los avances informáticos para la esfera íntima, véase, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 31-43.

78 Al respecto, MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática*, 1984, 78 ss.

79 Citado por GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 44; MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática*, 1984, 49-50.

en cada uno emite una cantidad de información adecuada al personaje que interpreta desvelando parte de su intimidad, pero en todos ellos conserva una parte oculta e indesvelada.

Resulta, entonces, que en todo individuo existen unos datos privados o íntimos cuya naturaleza no está determinada para todas las personas y para todas las situaciones, sino que la delimitación estará en dependencia del rol que el individuo interprete en cada momento y de la naturaleza del receptor de la información, pues lo que para una persona puede estar abierto a la investigación, para otra puede estar cerrada.

Conforme a esta teoría⁸⁰, no existe esfera íntima, sino más bien datos íntimos que será posible conservar para uno mismo o será necesario comunicar, según el caso y las personas receptores de la información, y la ilegitimidad de la intromisión no nacerá por el conocimiento, sino por el desvío de la información recibida, pues ésta debe ser destinada al cumplimiento del fin para el que ha sido obtenida y sólo este destino justifica su conocimiento.

Los parámetros que determinan la lesión de la intimidad estarán determinados por dos condiciones subjetivas y dos objetivas. Las dos primeras están constituidas por el rol específico que en cada momento ejecute el individuo que debe dar la información y por la legitimación subjetiva del receptor del dato informativo y de los medios utilizados para obtenerlo. Las objetivas estarán constituidas por la naturaleza del dato a comunicar y por el uso que se efectúe de la información recibida. A partir de estos elementos la lesión se producirá si se proporciona un dato que no es relevante en el específico papel que se interpreta por el titular del dato íntimo o privado, por lo tanto no existen motivos fundados para solicitar su comunicación; o bien, por la falta de legitimidad del receptor de la información, o porque para obtener la información se utilicen medios contrarios a la ley.

El reconocimiento de la imposibilidad de establecer normas generales y la necesidad de sustituir aquélla por el estudio pormenorizado de cada caso, es la principal crítica que se le realiza a esta teoría.

80 En España esta teoría es asumida por MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática*, 1984, 51.

1.4 Otras aportaciones doctrinales

En España, la mayor aportación sobre el tema la ha realizado MORALES PRATS⁸¹ que parte de una relación inmediata entre la intimidad y la libertad individual en la que la intimidad adquiere la función de garantía de otras libertades individuales.

Este autor distingue tres ámbitos distintos en lo que él llama fase preinformática de la intimidad, a saber: esfera íntima, integrada por las facultades de exclusión absoluta frente a terceros; esfera política, como garantía del ejercicio de los derechos políticos y, finalmente, la esfera de la libertad personal, garantía frente al Estado y sus facultades de intromisión con relevancia jurisdiccional; los cuales constituyen el contenido básico del derecho a la intimidad⁸².

En cambio, en la fase informática se protegen los datos personales frente manipulación y uso arbitrario e in consentido de los mismos y concede al titular de los mismos el derecho de acceder a los bancos de datos para impedir tal uso y de obtener rectificación de datos falsos⁸³.

También GARCÍA SAN MIGUEL⁸⁴ ha propuesto tres criterios que pueden utilizarse para establecer los límites de la intimidad: el subjetivo, que se basa en la distinción entre persona pública y persona privada, el espacial conforme al cual "las conductas, los objetos y situaciones íntimos, serían aquéllos que se realizan en el interior de lugares cuyo uso se atribuye a la persona para realizar sus actividades muy personales, p.ej. la casa donde habita. Y un último criterio, el objetivo -el más acertado según este autor- que se fundamenta en la diferencias entre conductas y no entre personas.

En todo, caso, como ha señalado GÓMEZ PAVÓN⁸⁵, "la dificultad tanto de precisar el concepto, como el propio contenido han hecho que en la doctrina y en los

81 Entre sus principales trabajos se encuentran, DJ 37/40, 1983, 577-631; Homenaje-Pérez-Vitoria, 1983, 571-606; *La tutela penal de la intimidad*, 1984; CPC, N° 36, 1988, 663-725; EPCrim, XII, 1989, 307-369; *Jornadas sobre los derechos del paciente*, 1990, 131-170; CuadDJ, N° III, 1996, 149-196; *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos*, 1996, 211-250.

82 MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 123-124.

83 MORALES PRATS, DJ 37/40, 1983, 582; el mismo, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 122-126. Este contenido también ha sido acogido por GARCÍA ARANA, CuadDJ, 1993, 22 s. Un tratamiento profundo sobre la intimidad en los bancos de datos, consúltase, MIGUEL CASTAÑO, *Derecho a la información*, 1983; ella misma, RGLJ, N° 4, 1983, 319-397.

84 GARCÍA SAN MIGUEL, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, 1992, 23-26.

85 GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 60.

ordenamientos se hayan optado en ocasiones por la adopción de un método descriptivo, señalando lo que debe considerarse reservado y constitutivo de lesión de este derecho". No obstante, algunas de las enumeraciones son ambiguas al incorporar junto a la intimidad bienes jurídicos como el honor, integridad física, etc.⁸⁶.

86 Para una mejor comprensión respecto a este tema, a continuación vamos a ver algunas de las descripciones que encontramos no sólo en la literatura jurídica sino también en algunos cuerpos normativos respecto a la delimitación de éste derecho.

En la doctrina norteamericana una de las contribuciones más conocidas es la de William Prosser (citado por LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 200) que distingue cuatro supuestos que considera como atentados o agresiones a la "privacy": La intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado; la divulgación pública de hechos privados; la presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa apariencia o divulgación de hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública; y la apropiación indebida, en sentido amplio, de lo que pertenece a nuestro ámbito personal. También, Westin (citado por PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1991, 329) diferencia varios estadios en la "privacy", así: la soledad, las relaciones íntimas, anonimato y reserva. Unas de las aportaciones más recientes respecto al contenido de la "privacy" es la de Shattuck que establece cuatro áreas: La libertad y seguridad frente a cualquier tipo de intromisiones indebidas en la esfera privada; la garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociación o creencias; la tutela de la libertad de elección sin interferencias y la posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar las informaciones que les atañen.

En la doctrina italiana se han ocupado del tema, Frosini (1981) que distingue cuatro fases aislamiento que componen la vida privada que son similares a las propuestas por Westin: la soledad, la intimidad, el anonimato, y la reserva. También De Mattià (1978) señala diversos contenidos de la vida privada, a saber: la integridad física y mental de la persona, la integridad intelectual y moral, los secretos, comunicaciones privadas, etc. (citado por LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 198-199).

En la doctrina francesa Lyon-Caen considera como circunstancias constitutivas de la intimidad personal "las circunstancias de la vida familiar, como el nacimiento, espousales, matrimonio, divorcio, embarazo, enfermedades y fallecimientos, también la vida amorosa; las circunstancias de la vida profesional, y sus reveses; aquellas de los esparcimientos como el lugar de vacaciones, las actividades y amistades de vacaciones. También los rasgos del rostro y el comportamiento de la vida cotidiana, el pasado, los sueños". (citado por NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada*, 1979, 39).

En la doctrina española autores como FARIÑAS MATONI (*El derecho a la intimidad*, 1983, 314), NOVOA MONREAL (*El derecho a la vida privada*, 1979, 45 ss), VIDAL MARTÍNEZ (*El derecho a la intimidad en la L.O.*, 1984, 59, el mismo, "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", RGD, 1980, 42) y ESPINAR VICENTE (en: GARCÍA SAN MIGUEL, Editor, *Estudios sobre la intimidad*, 1992, 48-58) se han ocupado de establecer algunas clasificaciones respecto al contenido de la intimidad o vida privada, en las que se reconocen situaciones y actividades que actualmente pueden considerarse pertenecientes a este derecho.

También resulta interesante la conclusión a la que llegó la Confederación de Juristas Nórdicos, celebrada en Estocolmo el 22 y 23 de mayo de 1967, que parte de un

Los límites de este derecho, según BAJO FERNÁNDEZ⁸⁷ deberán fijarse conforme a los criterios inspirados en usos sociales, criterio variable, que en algún modo disminuye las dificultades señaladas, pero que representa la ventaja de adecuar la protección de la intimidad a la realidad y condiciones existentes en cada momento. Y deja una considerable labor a los tribunales. Al respecto, resultan interesantes las palabras de GARCÍA-PABLOS "no se puede defender la existencia de unos límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles de los derechos, pues la dinámica social está denominada por el relativismo"⁸⁸. Es decir que, la ubicación de estos límites estará en dependencia de la importancia relativa de los derechos e intereses en conflicto, como veremos más adelante, en el capítulo dedicado a las causas de justificación en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

También GONZÁLEZ GUITIÁN⁸⁹ propone -influenciado por la doctrina alemana- un enfoque funcional de la intimidad como bien jurídico constituido por dos aspectos: El primero, compuesto por el derecho a la autodeterminación del individuo, quien da el nombre de "privado" a algo ejerce su derecho a la autodeterminación y, lógicamente, cuánta más capacidad de autodeterminación posea, más ámbito privado tendrá; en segundo lugar, habla de un enfoque funcional de protección y desarrollo de la individualidad, que puede ser puesta en peligro cuando hay alguna intromisión en ella. Desde este punto de vista, la intimidad es entendida como "*defensa ante la publicidad*".

En conclusión, podemos decir que, si bien es cierto que algunos de los criterios doctrinales expuestos en este apartado pueden ofrecer alguna utilidad, la verdad es que probablemente no se logre establecer una delimitación del bien jurídico intimidad unívoco como consecuencia de la variabilidad a la que está sujeta su propia conceptualización.

concepto amplio de intimidad como "*derecho a vivir de forma independiente su propia vida, con un mínimo de injerencia ajena*", y enumera lo que considera injerencia ajena; *injerencia en la vida privada, familiar o de hogar; su integridad moral o física o su libertad moral o intelectual; ataque a su honra o reputación; verse colocado en situaciones equívocas; revelación fuera de propósito de hechos penosos relativos a la vida privada; violaciones de correspondencia [...]*".

Conforme al art. 2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo "*estos derechos se delimitarán por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familiar*".

87 BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 101.

2. Contenido normativo del derecho a la intimidad

Una vez propuesta la definición que creemos más ajustada a la realidad que se trata de proteger mediante el bien jurídico intimidad, surge un nuevo problema y es precisar qué debe comprenderse dentro de este objeto de protección. Actualmente, el derecho a la intimidad presenta un contenido muy amplio y complejo como consecuencia del desarrollo que ha experimentado no sólo su estructura técnico-jurídica⁹⁰, sino también su ámbito de protección material.

El art. 18 CE acoge un contenido amplio y complejo⁹¹ de la intimidad con la finalidad de adaptarse a las nuevas necesidades y a los nuevos contextos en que deben ser aplicados. Así pues, encontramos que junto a la positivización del derecho a la intimidad, se reconoce el derecho a la intimidad domiciliaria y secretos de comunicaciones, para terminar con la constitucionalización del "*habeas data*" o faceta informática de la intimidad, aspecto este último en el que se viene a reconocer el carácter institucional de "*garantía-presupuesto*" del ejercicio de otros derechos constitucionales que la intimidad adopta frente a los peligros de la informática⁹².

Sin embargo, este precepto constitucional ha suscitado polémica en torno a la cuestión de saber si se protegen uno o varios derechos, hay quienes sostienen que el art. 18.1 contiene un solo derecho que denominan "derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen"⁹³, mientras que otros sostienen que el honor y

88 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 388.

89 GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 68-73.

90 LUCIANO PAREJO, señala que la propia dificultad de la noción de intimidad de la persona, esta reflejada en la complejidad interna del art. 18 CE. (V.V.A.A. *Problemas Actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 298 ss; el mismo, CuadDJ, XXII, 1996, 19-26.

91 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 388.

92 LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 290.

93 En este sentido, GALLARDO RUEDA, CPC, 1994, 127; GIL HERNÁNDEZ (RGD, N° 622-623, 1996, 7952, nota 15) se refiere a que la regulación en un sólo párrafo del derecho al honor, a la propia imagen e intimidad, puede deducirse, que son tres manifestaciones de un solo derecho. También, PÉREZ LUÑO (*Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1986, 331) señala que el art. 18 CE parece querer englobar en un derecho único y omnicomprensivo, aunque sin denominación general, la tutela jurídica de la vida privada.

la propia imagen son derechos autónomos del derecho a la intimidad⁹⁴. También existen algunos autores que defienden que la inviolabilidad de domicilio y de comunicaciones son facetas de la intimidad⁹⁵ y quien considera que no forman parte de este derecho⁹⁶.

Nuestro objetivo en este apartado será determinar si esas garantías del art. 18 forman o no parte de la intimidad, como primer paso en la configuración de la intimidad como objeto de protección penal.

RUIZ MIGUEL⁹⁷ señala que el derecho a la intimidad es un derecho complejo o derecho de derechos, comprendiendo dentro del mismo los siguientes: el derecho a la intimidad personal; a la intimidad familiar; la inviolabilidad del domicilio; el secreto de las comunicaciones; la intimidad informática; el secreto profesional; el secreto documental; la libertad de conciencia; y el derecho a la intimidad genética. Y considera como discutidos: el derecho a la propia imagen; el derecho al honor; la libertad de residencia; el secreto industrial y la libertad de reunión privada. Así, la inviolabilidad de domicilio, las comunicaciones privadas, la intimidad informática, la imagen, no son más que manifestaciones del bien jurídico amplio que es la intimidad.

3. Manifestaciones o facetas del derecho a la intimidad

Ahora, trataremos por separado las distintas manifestaciones o facetas de la intimidad, es decir, aquellas manifestaciones de la vida de una persona que deben ser protegidas y defendidas contra las intromisiones ajenas para facilitar el desenvolvimiento libre de su personalidad.

94 En esta línea están VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la LO*, 1984, 35; ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, 1988, 54 ss; FARIÑAS MATONÍ, *El derecho a la intimidad*, 1983, 343; SALVADOR CODERCH (Director), *El mercado de las ideas*, 1990, 303; BALAGUER CALLEJÓN, *El derecho fundamental al honor*, 1992, 26; ESTEBAN / GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional*, 1992, 95-96; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La autodeterminación*, 1990, 86-87; GÓMEZ PAVÓN, *Homenaje-del Rosal*, 1993, 667.

95 Al respecto, LUCIANO PAREJO (V.V.A.A. *Problemas Actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 298) manifiesta que además de inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, el honor y la propia imagen constituyen singularizaciones importantes, en función de las más frecuentes modalidades de violación de la intimidad de una persona.

96 CARRERA SERRA (EJBCiv, II, 1995, 2186) para quien el bien jurídico protegido en el art. 18.3 CE, no es el derecho a la intimidad, sino la libertad de comunicación.

97 RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional*, 1995, 76-117.

3.1. Intimidad personal y familiar

El concepto de intimidad ya ha sido suficientemente expuesto en líneas anteriores, se trata pues, de ese ámbito individual donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad.

Junto a la intimidad de cada persona, existe la intimidad familiar que nace del vínculo existente con otras personas con las que se guarda una especial relación familiar⁹⁸, aspecto que incide en la esfera de la personalidad del individuo⁹⁹.

3.2 Inviolabilidad del domicilio

La inviolabilidad del domicilio es, desde luego, una manifestación directamente vinculada a la tutela de la intimidad. El art. 18.2 CE establece que *"El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito"*. De esta manera, la inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad personal y familiar establecida en el art. 18.1 CE, produciéndose un nexo indisoluble entre los apartados 1 y 2 del citado precepto¹⁰⁰.

Esta estrecha relación entre inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad es reconocida por la jurisprudencia española que en la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5) ha declarado que:

*"El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella"*¹⁰¹.

98 Al respecto, SSTC 197/1991, de 17 de octubre (FJ 3); 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 4).

99 Respecto al fundamento del derecho a la intimidad familiar se han formulado varias teorías: la teoría organicista, la de legitimación procesal, véase, por todos, RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional*, 1995, 82-85.

100 En este sentido, ESTEBAN/ GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional*, II, 1992, 110; GONZÁLEZ-TREVIJANO, *La inviolabilidad*, 1992, 55 s; PARDO FALCÓN, REDC, N° 34, 1992, 141-177; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 212.

101 En el mismo sentido, SSTC 85/1994, de 14 de marzo; 341/1993, de 18 de noviembre; 160/1991, de 18 de julio.

Esta interpretación es consecuencia del entendimiento de la intimidad como una esfera libre de intromisiones, en la cual cada uno puede gozar de su tranquilidad y soledad, por ello no es de extrañar que se identifique, primordialmente, con el domicilio¹⁰². A partir de este entendimiento, el Código penal protege este ámbito íntimo y reservado frente a los particulares en los arts. 202 al 204 CP y, frente a los funcionarios públicos, en el art. 534.1 CP, estableciendo una clara distinción entre el allanamiento de morada y registros ilegales.

3.3 Secreto de las comunicaciones

Como es sabido, la comunicación con los demás es un bien necesario para el desarrollo de la personalidad de las personas, así a través de ella exterioriza sus ideas, sentimientos, proyectos, etc. que de alguna manera reflejan aspecto de su intimidad, por ello es necesario que sus comunicaciones estén protegidas de intromisiones extrañas, ya que de esta manera se está protegiendo su intimidad¹⁰³.

Así pues, el respeto a la intimidad de una persona también comporta, entre otras manifestaciones, no sólo el derecho a sustraer del conocimiento de los demás determinados datos que le afectan, sino también a que sus comunicaciones no sean interceptadas, ya que como es sabido, actualmente una de las maneras más frecuentes de atentar contra la esfera íntima y reservada son las escuchas telefónicas, ello justifica que el Código penal contenga varios preceptos que castigan las interceptaciones telefónicas realizada no sólo por particulares, sino también por funcionarios público con el objetivo de brindar una mayor protección a la intimidad.

El derecho a la intimidad, como garantía constitucional de una comunicación limitada, también exige la protección del secreto profesional. En toda relación con un profesional¹⁰⁴ se produce un depósito de confianza por parte del paciente, el cliente, etc. que generalmente da lugar a desvelar datos, hechos relativos a su vida, lo que debe obligar al profesional a guardar un deber de sigilo. La necesidad de confiar secretos a otros impone una protección especial, que se traduce en la obligación que se impone a quienes están destinados, en virtud de su profesión -médicos, procuradores, abogados, etc.-, a guardar los secretos de otro.

102 LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 293.

103 Así pues, se entiende que el secreto de las comunicaciones es una manifestación del derecho a la intimidad, véase, PARDO FALCÓN, REDC, N° 34, 1992, 174; JIMÉNEZ CAMPOS, REDC, N° 20, 1987, 42 ss; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia*, 1992, 128.

104 Según BAJO FERNÁNDEZ (ADPCP, 1980, 606) el profesional, es aquella persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad, y que por su interés público, están jurídicamente reglamentados.

El carácter necesario es lo que cualifica, como señala LÓPEZ ORTEGA¹⁰⁵, el secreto profesional y lo convierte en objeto digno de protección, a través del bien jurídico de la intimidad; pero también el interés social es mantener la confianza en el ejercicio de determinadas actividades profesionales. El Código penal vigente protege el secreto profesional en el artículo 199.2 con lo que se cubre grandes lagunas de punibilidad.

3.4 Secreto documental

La tutela constitucional del derecho a la intimidad se extiende no sólo al secreto profesional, como anteriormente expusimos, sino que también se protege el secreto documental. En este sentido, debemos aclarar que una cosa es el secreto y otra el objeto del secreto. Esta diferencia permite considerar que el secreto, como conocimiento reservado sobre una materia determinada, no constituye más que el medio para impedir que se lesionen los bienes sobre los que el secreto versa, que en este caso viene a ser la intimidad del individuo. Así el Código penal ha protegido tradicionalmente los secretos contenidos en documentos y cartas, ampliando la protección de este aspecto de la intimidad a mensajes electrónicos o a cualquier efecto personal con el objetivo de actualizar las previsiones penales a los cambios que han experimentado los medios de comunicación (art. 197 CP).

3.5 Derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen ha sido una de las manifestaciones de la intimidad que más polémica doctrinal ha originado. El debate está dividido entre quienes defienden la autonomía de este derecho¹⁰⁶ y, quienes sostienen que la propia imagen es una manifestación o faceta del derecho al propio cuerpo, del derecho al honor, del derecho a la identidad personal, del derecho de libertad, del derecho a la intimidad¹⁰⁷.

105 LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 298.

106 COBOS GÓMEZ DE LINARES/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, DP PE II, 1997, 29.

El Tribunal Constitucional distingue entre derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen en la Sentencia 231/1988 de 2 de diciembre (FJ 3).

107 Consideran que la protección de la imagen es uno de los contenidos característicos de la intimidad GITRAMA GONZÁLEZ, NEJ, XI, 1979, 301-376, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 387 ss; el mismo en: *Libertad de expresión y Derecho penal*, 1985, 65; SEMPERE RODRÍGUEZ en: ALZAGA VILLAAMIL (Director), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, II, 1984, 463, VIDAL MARTÍNEZ, RGD, 1980,

Entendida la imagen, como “la reproducción del aspecto físico de una persona sin su consentimiento mediante cualquier procedimiento”, dentro de estos cabe incluir las fotografías, videos, dibujos, pinturas, etc. consideramos que ésta constituye una manifestación concreta de la intimidad. Posición que apoya la jurisprudencia española¹⁰⁸ que vincula -acertadamente- el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad al estimar que sirve para salvaguardar el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana.

En esta línea, la protección penal de la propia imagen debe limitarse a la transmisión, grabación y reproducción de las imágenes en lugares privados, ya que la captación y difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento, supone el descubrimiento -no deseado- de su aspecto físico al público. Ahora, bien si la imagen fue captada en lugar público, p.ej. un acto público, ésta constituirá una intromisión ilegítima o no de la intimidad relevante en el ámbito civil ya que el ámbito penal no debe brindarse una protección penal mayor, de acuerdo con el principio de intervención mínima y carácter subsidiario del Derecho penal.

En relación con la expresa tutela del derecho a la propia imagen, cierto sector doctrinal consideraba que la protección brindada a través de la vía civil no era suficiente, que es necesaria la protección penal¹⁰⁹. Sin embargo, el legislador

1052 ss; PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de derecho*, 1991, 333; GALLARDO RUEDA, CPC, 1994, 127; PAREJO ALFONSO, CuadDJ, XXII, 1996, 23, 31. Así pues, para VIDAL MARTÍNEZ (*El derecho a la intimidad en la Ley*, 1984, 125) a pesar de reconocer que el derecho a la propia imagen es “en su misma raíz una manifestación del derecho a la intimidad”, acepta la sustantividad del derecho a la propia imagen ya que puede atentar contra el honor; BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 104. En cambio, para LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (*Informática y protección*, 1993, 86) y ESTEBAN / GONZÁLEZ-TREVIJANO (*Curso de Derecho Constitucional*, II, 1992, 103) la propia imagen es una forma positiva de la personalidad, que se manifiesta normalmente en público, mientras la intimidad tiene una dimensión negativa, se respeta en cuanto no se desvela.

108 En la misma línea, SSTC 99/1994, de 11 de septiembre (FJ 5); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 137/1990, de 19 de julio (FJ 10); 120/1990, de 27 de junio (FJ 10); 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7); 170/1987, de 30 de octubre (FJ 4).

109 Al respecto, LUZÓN PEÑA (ADPCP, 1988, 58-59 ; RFDUG, N° 12, 1989, 204-205; EPen, 1991, 444-445; también en: GARCÍA SAN MIGUEL (Editor), *Estudios sobre la intimidad*, 1992, 88-89) se había mostrado partidario de brindar un tratamiento penal específico a la propia imagen ante el impresionante desarrollo tecnológico. También MORALES PRATS (*La tutela penal de la intimidad*, 1984, 302-306) propuso en su momento la creación del delito de montaje de imágenes. En contra, un sector doctrinal considera que el derecho a la propia imagen está suficientemente protegido en la vía civil, así, BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 104 ss.; CARMONA SALGADO, CPC, N° 56, 1995, 420.

penal desatendiendo la propuesta de un sector doctrinal a optado por una protección de la propia imagen cuando ésta represente una intromisión en la intimidad, es decir, que no protege la propia imagen de forma específica y unitaria.

3.6 Intimidad informática

La Constitución Española en el art. 18.4 eleva a rango constitucional la limitación del uso de la informática en los siguientes términos¹¹⁰:

*"La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"*¹¹¹.

Como antecedente legislativo inmediato -en el Derecho comparado- tenemos el art. 35 de la Constitución Portuguesa (2 de abril de 1976) titulado: *"Utilización de la informática"*. Precepto que unido a las respectivas leyes de protección de datos¹¹² y movimiento doctrinal -nacional y extranjero- alentaron la redacción de esta disposición.

110 Esta prescripción constitucional ha sido objeto de estudios doctrinales; sin embargo, no podemos decir que existe una doctrina bien perfilada sobre el contenido y alcance de la misma, véase, PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1986, nota Nº 12.

111 Esta redacción no es exactamente la misma que figuraba en el texto del Anteproyecto Constitucional que inicialmente establecía: *"La Ley regulará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos"*.

Posteriormente, en el Informe de la ponencia quedó redactado de la siguiente manera: *"La Ley regulará el uso de la informática de manera que quede salvo el respeto a la intimidad personal y familiar y el honor de los ciudadanos"*.

Redacción que fue sometida a debate y enmienda en la Comisión Constitucional del Congreso, donde se pusieron de manifiesto dos posiciones distintas:

1. La de quienes se pronunciaron en contra de la referencia expresa a la informática en el texto Constitucional por considerarla, de un lado, redundante, ya que la protección del honor y la intimidad se consagra con carácter general en el primer apartado del artículo 18 sin que sea precisos especificar los diferentes instrumentos o medios de agresión, y de otro restrictiva, al no aludir a otros posibles aspectos de la tecnología susceptibles de lesionar estos derechos.

2. En la segunda posición que consideró necesaria la inclusión de la informática en el texto del artículo, encontramos dos variantes, la primera, que mantenía que la alusión expresa de la informática en el texto constitucional es una garantía que debe extender a todos los derechos, y la otra, que consideraba necesario extender la garantía frente a su uso indebido a todos los derechos, y al propio tiempo ampliar también la cobertura a todos los procedimientos o medios técnicos, que pudieran afectar el ejercicio de la libertad.

Sobre el tema, entre otros, FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 255-256; VELÁZQUEZ BAUTISTA, *Protección jurídica de datos*, 1993, 35 s.

112 Se han promulgado, entre otras, las siguientes leyes: Ley de Protección de Datos de Hesse, de 7 de octubre de 1970; Ley de Datos de Suecia, de 11 de mayo de 1973; Ley de Privacidad de Estados Unidos, de 31 de diciembre de 1974; Ley Alemana Federal de Protección de Datos, de 27 de enero de 1977.

En cuanto a los derechos contemplados en esta disposición, queda claro que en él se protege el derecho al honor y a el derecho a la intimidad personal¹¹³. Sin embargo, esta interpretación no es compartida por un sector doctrinal que se cuestiona si el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad sólo cubre el tratamiento automatizado de datos personales, puesto que se manifiestan datos no relacionados con el concepto estricto de intimidad. En esta línea de pensamiento algunos autores han defendido la necesidad de afirmar la existencia de un nuevo derecho a la autodeterminación informativa, es decir, a la libertad informática, en concordancia con la solución adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán¹¹⁴.

La Exposición de Motivos de la LORTAD parece apoyar esta interpretación cuando dice:

"El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente

113 En este sentido, MIGUEL CASTAÑO, RGLJ, N° 4, 1983, 320 ss; HERRERO TEJEDOR, Honor, intimidad, 1994, 40; MARTINEZ DE PISON CAVERO, El derecho a la intimidad, 1993, 146-149; VELAZQUEZ BAUTISTA, Protección jurídica de los datos, 1993, 41-42; ORTI VALLEJO, El derecho a la intimidad, 1994, 53, 57.

114 Así, LUCAS MURILLO (Informática y protección, 1993, 32 s; el mismo, El derecho a la autodeterminación, 1990, 71, 120) propone la construcción de un nuevo derecho a la autodeterminación informativa que consista en "el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, se íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad". En el mismo sentido, DAVARA RODRÍGUEZ, Derecho Informático, 1993, 56; PÉREZ LUÑO, CD, N° 21, 1989, 143.

115 La STC 254/1993, de 20 de julio, desarrolla una argumentación un poco ambigua, como señala VILLAVARDE MENÉNDEZ (REDC, N° 41, 1994, 187-188), ya que comienza afirmando que del art. 18.4 CE puede derivarse un derecho fundamental en sí mismo, la llamada "libertad informática", y el resto del razonamiento se desarrolla en base al derecho a la intimidad.

No obstante, la referencia a ese derecho autónomo de "libertad informática" desaparece en la STC 143/1994, de 9 de mayo, en la cual el Tribunal argumenta ya en exclusiva en base al derecho a la intimidad al declarar "que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a un uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta".

enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menos-cabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo”.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el contenido del derecho a la intimidad va variando conforme a las necesidades de protección que van surgiendo de acuerdo con el desarrollo tecnológico, así pues, no podemos seguir partiendo de un concepto estático-estricto de la intimidad. Por otro lado, no debemos perder de vista que la vinculación entre las técnicas de protección de datos personales frente a su tratamiento informatizado y el derecho a la intimidad también se encuentra establecida en el Convenio 108 del Consejo de Europa y en la jurisprudencia constitucional española¹¹⁵.

Lo que ocurre es que el derecho a la intimidad es un derecho complejo, que afecta no sólo al tipo de dato sino también el procedimiento utilizado para su tratamiento. En este sentido, el legislador manda a que se establezcan las garantías institucionales del uso de la informática para preservar el pleno ejercicio de los ciudadanos, haciendo referencia especial al honor, intimidad y propia imagen y no la creación de un nuevo y autónomo derecho fundamental¹¹⁶.

Así pues, la intimidad informática es sólo una faceta de la intimidad que puede ser vulnerada por la utilización abusiva de datos informatizados, a través de la cual también se puede atacarse otros intereses del individuo más allá de la intimidad, como es el ejercicio de otros derechos y libertades públicas, sin necesidad de acudir a un entrecruzamiento de datos¹¹⁷. Hecho que puede deducirse al leer la parte final del art. 18.4 CE que literalmente dice: “[...] y el pleno ejercicio de sus derechos”, pudiendo incluirse dentro de esta coletilla otros derechos como: el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho al trabajo, a la libertad de expresión, etc. interpretación que no parece forzada, si tomamos en cuenta que se encuentran en un mismo capítulo de la Constitución.

3.7 Intimidad genética

El desarrollo de las investigaciones en el campo de la “genética” trae consigo una creciente preocupación no sólo de la opinión pública sino también de las ciencias jurídicas, debido al alto riesgo “potencial” que representan si son usa-

¹¹⁶ Interesante resulta leer los debates constituyentes en torno al art. 18.4 CE, véase, PÉREZ LUÑO, REPOL, N° 24, 1981, 41 ss.

¹¹⁷ ROMEO CASABONA, PJ, N°31, 1993, 165.

das no con y para el hombre, sino contra el hombre. Antes de profundizar en la reflexión jurídica, se hace necesario distinguir entre lo que es la verdadera y estricta "manipulación genética" que tiene por objetivo la transformación de los caracteres del patrimonio hereditario del hombre, y otras actuaciones que no lo son, porque no modifican este patrimonio genético¹¹⁸.

Según MANTOVANI cabe distinguir entre un significado restrictivo y propio de manipulación genética, que comporta la alteración de los caracteres naturales del patrimonio genético humano¹¹⁹ y una amplio e impropio que abarca las manipulaciones de los gametos y de los embriones -no siempre dirigidas a modificar el patrimonio genético, ni utilizando necesariamente técnicas de información genética o del ADN recombinante- e igual que las técnicas de reproducción asistida en las que sólo hay una manipulación germinal u obstétrica sin que ésta afecte el patrimonio hereditario¹²⁰.

Los grandes avances que se están produciendo en materia de Código Genético y en el ámbito del Proyecto Genoma-Humano, permiten que se obtenga una valiosa información acerca del mapa genético de una persona -enfermedades que puede sufrir, qué color de piel, de los ojos, del cabello va a tener, etc.- que puede ser manipulada ya sea para curar ciertas enfermedades (hemofilia), pero también puede servir para lo contrario, para que una persona sana pueda padecer alguna enfermedad tras sufrir un cambio en sus genes, pero la situación puede ser peor si tomamos en cuenta que una intervención sobre los genes de una persona no sólo repercute en ella, sino también en todos sus descendientes.

Así, pues, la revelación de la información genética de un individuo, puede afectar su intimidad, al punto que pueda sufrir algún tipo de discriminación -familiar, laboral, etc.- como consecuencia de ello. El riesgo es mayor cuando esta información es procesada en medios informáticos, por este motivo, el aseguramiento de la confidencialidad como medio de protección de la intimidad del

118 MANTOVANI, DocP, N° 33/34, 1986, 11. También, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, 1995, 36 s.

119 La sistematización global de la manipulación genética puede hacerse atendiendo a diferentes niveles de organización biológica (molecular, celular, individual o de población) o de estadio de desarrollo (gameto, embrión o de individuo nacido). Sobre este tema, consúltese, LACADENA CALERO en: *Ingeniería genética y reproducción asistida*, 1989, 19 ss.

120 Citado por PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, 1995, 38-39.

individuo esta regulada en la LORTAD¹²¹. Aunque el derecho al control de la propia información genética no se encuentra expresamente recogido en ninguna norma.

No obstante, creemos -junto con RUIZ MIGUEL¹²² que el derecho a la intimidad genética puede derivarse directamente del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE entendida la intimidad en su aspecto positivo, como control sobre la información personal.

Así pues, la protección de la intimidad genética se extiende a dos contenidos básicos: por un lado, el derecho del individuo al control sobre la información genética, y por otro, la prohibición absoluta de manipular el Código genético de la persona, sin su autorización, y afectos exclusivamente terapéuticos. El Código penal vigente protege esta faceta de la intimidad en los artículos 156 y 161.

3.8 Contenidos polémicos

3.8.1 Derecho al honor

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen e incluso la intimidad informática, pueden considerarse concretas manifestaciones del derecho a la intimidad. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el derecho al honor.

La estrecha relación entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad y su regulación conjunta no sólo en el texto constitucional sino también en la Ley de protección civil LO 1/1982, de 5 de mayo¹²³, no justifica su confusión, pues su ámbito de delimitación debe estar claramente establecido, ya que se trata de dos bienes jurídicos distintos¹²⁴.

121 GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal*, 1983, 17 s; MORALES PRATS, "La tutela penal de la intimidad", 1984, 15 ss, 31 ss; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 29 s.

122 RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional*, 1995, 104-108.

123 Quizás por ello, algunos autores han agrupado los derechos del art. 18.1 CE bajo otras denominaciones como "esfera privada", "esfera personal", "derechos inherentes a la autonomía personal", véase, ESTEBAN/ GONZÁLEZ-TREVIANO, *Curso de Derecho Constitucional*, II, 1992, 94; FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional*, 1992, 217.

124 Al respecto, CARMONA SALGADO en: COBO DEL ROSAL (Director), *ComLP*, XVII, 1996, 274; GONZÁLEZ GUITIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), *ComLP*, VII, 1986, 67; CORTÉS BECHIARELLI en: COBO DEL ROSAL (Director), *ComLP*, XVII, 1996, 361; BAJO FERNÁNDEZ, en: COBO DEL ROSAL (Director), *ComLP*, I, 1982, 97-99.

Se trata de dos derechos de la personalidad que se hallan condicionados por factores culturales y sociales y entre los cuales en algunos casos existirán puntos de intersección, p.ej. gran parte de las ofensas a la fama y reputación de las personas se produce mediante el menoscabo de la intimidad, siempre que el objeto de la imputación haga referencia a datos, hechos o imágenes que pertenecen a la esfera íntima y reservada de la persona, y más aún, si estas son divulgadas o transmitidas ya que puede resultar una amenaza a la reputación social o la estima pública de la persona, como dice BERDUGO “el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundada en valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad”¹²⁵.

Sin embargo, pueden darse situaciones en las que las agresiones a la intimidad de una persona no supongan necesariamente una agresión a su fama y reputación, p.ej. en el supuesto de divulgación de una información verdadera y no injuriosa que atenta contra la intimidad de una persona, aunque no lesione su honor; y así a la inversa, puede agredirse el bien jurídico honor sin que ello signifique un ataque a la esfera íntima y reservada de la persona¹²⁶.

Por lo tanto, los tipos penales sobre injurias y calumnias no protegían suficientemente la intimidad de las personas, ello justifica la necesidad que existía de brindarle una mayor protección a la intimidad en el ámbito penal, ya que el interés de castigar las agresiones a la intimidad de una persona no tiene como objetivo proteger la reputación del individuo, sino, de modo más general, el otorgar una protección formal frente a meras intromisiones en la esfera íntima y reservada, que aún poniendo en peligro dicha reputación -agresión potencial-, sobre todo violan el derecho de tener un espacio libre de intromisiones ajenas ilegítimas.

3.8.2 Intimidad económica

Referente a la denominada “*intimidad económica*”, se ha discutido en qué medida la situación económica de una persona está tutelada por la Constitución. Al respecto, VIDAL MARTÍNEZ¹²⁷ entiende que “el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución de 1978 no atiende, en su configuración, a la defensa de intereses patrimoniales”, y por ello añade que “este derecho no cubre en línea de principio el llamado secreto bancario”¹²⁸.

125 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ADPCP, 1984, 305.

126 QUINTERO OLIVARES, PJ, N° especial XIII, 1990, 78.

127 VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley*, 1984, 23.

128 Sin embargo, esta posición no ha sido siempre la dominante, sobre todo en el siglo pasado, autores como VIZMANOS/ÁLVAREZ (*Comentarios al Código*, II, 1948, 452) entendían que “descubrir los secretos de uno es amenguar su individualidad y

En este sentido, es inevitable hacer mención de la STC 110/1984, de 26 de noviembre, en la que se plantea esta problemática y que originó una serie de críticas doctrinales, que en líneas generales sostienen que el Tribunal Constitucional pudo haber reconocido la legitimidad constitucional del derecho de la Administración a investigar las cuentas bancarias, sin tener que negar el derecho a la intimidad¹²⁹, tal como lo hizo al declarar que:

*" [...] los extractos de las cuentas, en que figuran, como es notorio, sólo la causa genérica de cada partida (talón bancario, transferencia, efectos domiciliados, entrega en efectivo, etc.), pero no su causa concreta. Ahora bien, estos datos en sí no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio"*¹³⁰.

atentar contra su honor, contra su propiedad". También VIADA (*Código penal reformado*, II, 1890, 337) refiriéndose al artículo 498 del Código penal, que señalaba, en relación con los secretos que debían guardar los dependientes, que "aquellos eran todos los que pueden perjudicar el buen nombre y la fortuna del principal".

- 129 En este sentido, GÓMEZ-REINO (*Las facultades de investigación de la Administración y los derechos fundamentales*, con especial referencia al Derecho de la competencia en: Información comercial española, N° 650, 1987, 35) propone un planteamiento argumental distinto que lo hubiese llevado a la misma conclusión, pero sin haber tenido que sacrificar el derecho a la intimidad, técnicamente a él le parece que hubiese sido más correcto el siguiente argumento "los datos relativos a la situación económica de una persona están amparados por el derecho a la intimidad, pero que, en el caso en cuestión, este derecho no opera frente a la Hacienda Pública, debido a que debe ceder ante el bien protegido constitucionalmente en el artículo 31.1". También SANTAMARÍA PASTOR, REDC, N° 15, 1985, 159 s.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, 1993, 176 s.

- 130 Más adelante, para reforzar su argumento dice que:

"La inferencia que para exigir el cumplimiento de ese deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de «arbitraria». Y el art. 18.1 de la Constitución hay que entender que impide las inferencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales», como dice claramente el art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York), [...] y con arreglo al cual, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y entre ellos el derecho a la intimidad personal y familiar. [...] con arreglo a [...] la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que no se refiere expresamente a las cuestiones planteadas [...], establece que no se considerarán con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley (art. 8.1). Entiéndase que la Ley sólo puede autorizar esas intromisiones por «imperativos de interés público», circunstancia que se da en los supuestos aquí contemplados". Esta posición jurisprudencial parece reiterarse en la STC 143/1994, de 9 de mayo.

En esta sentencia se planteó, dos importantes cuestiones con relación a la intimidad: la primera, en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la administración a efectos fiscales debe entenderse comprendido dentro de la esfera íntima constitucionalmente protegida. La respuesta es negativa, pues, aún admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierta por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el fisco operaría un límite justificado a ese derecho, pues “el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos”, y que el conocimiento de “estos datos no tiene relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio”.

Una segunda cuestión, es si la administración puede conocer hechos pertenecientes a la esfera de la estricta vida personal y familiar, a través de la investigación fiscal. Al respecto, resolvió que la actuación inspectora no puede considerarse como una intromisión ilegítima en la intimidad personal por ser actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente.

Estamos de acuerdo con SANTAMARÍA¹³¹ cuando señala que los datos relativos al movimiento de cuentas corrientes, forman parte de la intimidad de su titular. Por lo tanto, se debe optar por analizar en cada caso, en atención a la naturaleza de cada operación investigadora, reconociendo a la Administración tributaria las potestades necesarias concretamente en cada caso.

Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ¹³² señala que “habida cuenta de la confusión que se detecta en la literatura jurídica de la época entre “secreto” e “intimidad”, parece que la doctrina incluía en la esfera de la intimidad también los aspectos patrimoniales o económicos del individuo”. Para NOVOA MONREAL quizá este tratamiento proceda en que el patrimonio era considerado como una proyección en lo material de la persona humana y se procura trasponer a él algunas de las características personales, entre ellos, la reserva para ciertos aspectos¹³³.

Como podemos observar, el contenido del derecho a la intimidad es amplio y difícil de precisar, ya que cada autor hace una clasificación de supuestos que

131 Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR, REDC, N° 15, 1985, 159-180.

132 BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 101.

133 -NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada*, 1979, 78.

integran el mismo, lo que no resulta extraño, dada la reconocida complejidad que caracteriza este derecho como consecuencia de su variabilidad en el tiempo, espacio y sociedad.

Esta exposición de las distintas facetas de la intimidad corresponde con lo que un sector doctrinal mayoritario considera que pertenecen a la esfera íntima de una persona. Sin embargo, no toda intromisión realizada en cualquiera de estas manifestaciones es relevante para el Derecho penal, ya que éste interviene como *ultima ratio* conforme al principio de subsidiariedad y su carácter fragmentario establece ámbitos de protección limitados atendiendo los niveles de gravedad y trascendencia.

BIBLIOGRAFÍA ALEATORIA

- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director), Comentarios a la Constitución española de 1978, tomo II, Madrid, EDERSA, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director), Compendio de Derecho Penal, parte especial, vol. II, Madrid, Ramón Areces, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, Manual de Derecho Penal, parte especial (delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil), 3ª ed., Madrid, Ramón Areces, 1995.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, págs. 595-610.
- BATLLE SALES, Giorgina, El derecho a la intimidad privada y su regulación, Alcoy, Editorial Marfil, 1972.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Honor y libertad de expresión, Madrid, Tecnos, 1987.
- BOIX REIG, Javier/ ORTS BERENGUER, Enrique/ VIVES ANTÓN, Tomás. La reforma penal de 1989, Valencia, Tirant lo Blanch, reformas, 1989.
- BOSCH BENÍTEZ, Oscar, "La veracidad como límite interno del derecho a la información" en: Cuadernos de Derecho Judicial, N° XXXV, 1993, págs. 417-426.

- CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal español, parte general, Teoría jurídica del delito II, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
 - COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomas Santiago, Derecho Penal, parte general, 4ª ed., adecuada al Código Penal de 1995 por M.I. Valdecabres Ortiz, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
 - COBO DEL ROSAL, Manuel (Director), Curso de Derecho Penal español, parte especial I, Madrid, Marcial Pons, 1996.
 - COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, Manual de Derecho Penal, parte especial II, 2ª ed., Madrid, Akal, 1996.
 - CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Director)/ ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia, tomo I y II, Madrid, Trivium, 1997.
 - CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, Derecho Penal, parte especial, 2ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, Colex, 1993.
 - DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, "Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", La Ley, 1996/4, págs. 1190-1193.
 - DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en Derecho Penal, Barcelona, PPU, 1991.
 - ESTADELLA YUSTE, Olga, La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales, Madrid, Tecnos, 1995.
 - GÓMEZ PAVÓN, Pilar, "La protección penal de la intimidad en el Código Penal y en el Anteproyecto de Código Penal de 1992", en: Política criminal y reforma penal. Homenaje al Prof. D. Juan del Rosal, 1993, págs. 667- 676.
- La intimidad como objeto de protección penal, Madrid, Akal, 1989.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, Informática y protección de datos personales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
 - “Derecho a la intimidad”, en: Cuadernos de Derecho Judicial, N° XXXV, 1993, págs. 9-62.
 - El derecho a la autodeterminación informativa, Madrid, Tecnos, 1990.
 - “La protección de los datos personales ante el uso de la informática” en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Homenaje al Prof. Luis Sánchez Agesta, 1989, págs. 601-619.

